✠

ADICION AL PAPEL, Y DEfensa hecha por D. Rodrigo de Sandoval Silva y Mendoza, Principe de Melito, Duque de Pastrana.

EN EL PLEYTO QVE TRATA, Con el Duque de Hijar, y con el defensor de los bienes de los Principes de Evoli:

S O B R E

Los frutos de la Encomienda de Herrera, del tiempo que la Princesa de Evoli, Doña Ana de la Cerda y Mendoza se dize los gozò, como Tutora de D. Diego de Silva, Marques de Alenquer su hijo, Padre del dicho Duque de Hijar.

1 
A pretension que tiene el Duque de Pastrana es, que se reuoque la sentencia del Consejo de cinco de Março del año passado de mil y seyscientos y quarenta y seys, en lo perjudicial, y en quanto cōdenò a los bienes libres de la dicha Princesa y su defensor, y al dicho Duque de Pastrana, como su heredero con beneficio de inuentario, mediante la persona del Duque D. Rodrigo su Abuelo, a que paguen al dicho Duque de Hijar, a razon de a cinquenta mil reales en cada vno de los años, que la dicha Princesa, como madre y Tutora del dicho D. Diego de Silva, cobrò, y administrò las rentas de la dicha Encomienda. Y en quā-

to

to no mandò, asſimiſmo pagar, y ſatisfacer al dicho Duque de Paſtrana y a ſu mayorazgo, los daños, y dete rioraciones, que ſe le cauſaron por la dicha Princeſa, en la cantidad que conſta por los autos. Y aſsi por ella, como por las demas arriba referidas, que ſe mandan reſtituir al dicho mayorazgo, no cõcedio deſde luego prelacion en los dichos bienes al dicho Duque de Paſtrana, para que los cobre, antes que el de Hijar, caſo negado que fuera cierto deberſele la cantidad de los frutos de la dicha Encomienda. Y que ſe confirme, en lo que es, ò puede ſer en ſu fauor: y en quanto condena los bienes libres del Principe Rui-Gomez, y a ſu defenſor, a que paguen al mayorazgo de Melito los 16U. ducados, que el año de quinientos y cinquenta y ſeys ſe ſacaron de los 28U. que eſtauan depoſitados de las caſas del dicho mayorazgo en Toledo. Y a los bienes de la dicha Princeſa, y ſu defenſor, a que le paguen, y reintegren al mayorazgo de Paſtrana de todo lo que ſe averiguare, y liquidare en execucion de la carta executoria, auer enagenado la ſuſodicha de los bienes del, y lo que dexò de fundar, y ſubrogar en el dicho mayorazgo, cõforme a la eſcritura de fundaciõ, q̃ hizo juntamente con el dicho Principe Rui-Gomez ſu marido, y todo lo de mas q̃ el dicho Duque de Paſtrana, y ſu Padre, y Abuelo huuieren pagado, y laſtado por razon de legitimas, y otros derechos, a ſus hermanos, hijos de los dichos Principes de Evoli Rui Gomez de Silua y Doña Ana de Mendoza, con expreſsion, y declaracion particular de las dichas cantidades, y lo que cada partida della monta, ſegun eſtà verificado por los autos.

2 Para mas prueba, y liquidacion deſta pretenſion, y de las cantidades porque pretende ſer preferido en qualeſquier bienes de la Princeſa Doña Ana el Duq̃ de Paſtrana, al de Hijar, ſe han pueſto en el memorial

por

por mandado del Consejo, y con citacion de la otra parte, aora en esta instancia, despues de la sentencia de vista, y despues de las informaciones en derecho q̃ se han dado, las escrituras, y papeles siguientes, que estauan presentadas en el pleyto.

3 Las facultades concedidas por el señor Rey D. Felipe Segundo, para que D. Diego Hurtado de Mendoza Duque de Francavila pudiesse tomar, y sacar de los 28ŋ. ducados que estauan depositados, y se auian de pagar por el Cardenal Siliceo, por el precio de las casas del mayorazgo de Melito, que auia en Toledo, y comprò con facultad 16ŋ. ducados, obligandose a que dentro de ocho años los volueria al deposito, para emplearse en favor del dicho mayorazgo. Y la obligaciõ que Marcos de Resa en virtud de poderes especiales del dicho D. Diego Hurtado de Mendoza Duque de Francavila, y de Rui-Gomez de Silva su yerno, que como su fiador, entrò tambien en la misma obligaciõ, hizo devoluer al deposito los dichos 16ŋ. ducados, hipotecando, para en quanto a los 8. vn juro de 800ŋ. mrs. que el Duque tenia: y la entrega que se hizo de la cantidad al dicho Marcos de Resa, y carta de pago que dio della en 30. de Enero del año de 1557. ante Iuan Sanchez escriuano publico de la dicha Ciudad.

Adicion al memorial desde numero 241. hasta numero 257

4 Vna escritura otorgada por Doña Ana de Silva muger del Duque de Medina-Sidonia hija de los dichos Principes de Evoli Rui-Gomez de Silva, y Doña Ana de Mendoza su muger, cõ licencia, y autoridad del dicho Duque de Medina-Sidonia su marido en 24. de Febrero del año passado de 1574. en que en conformidad de la escritura de capitulacion que se otorgò para el dicho matrimonio, con fessando que los 100ŋ. ducados, que se le auian ofrecido, se le auian satisfecho ya al dicho Duque de Medina-Sidonia, parte en dine-

ro de contado, y parte en ceſsiones que ſe le auian dado para la reſta, dando carta de pago de ello, renuncia todo el derecho, y accion que pudiera tener a los bienes del dicho Principe de Evoli ſu padre, que ya era difunto; y aſsi miſmo el que le pudieſſe pertenecer, y tocar a los bienes, y herencia, y legitima, en los bienes libres de la dicha Princeſa para deſpues de ſus dias: y aſsimiſmo el que podia tener a los de los Principes de Melito, Duques de Francavila ſus abuelos, en fauor del ſucceſſor del mayorazgo, que los dichos ſus Padres auian hecho en D. Rodrigo de Silva y Mendoza Duque de Paſtrana ſu hermano, para que todo quedaſſe incorporado, y incluydo en el dicho mayorazgo.

Adicion al memorial deſde el numero 258.

5 Otra eſcritura otorgada en eſta Villa en 14. de Iulio de 1597. años ante Gõçalo Fernãdez eſcriuano del numero de Madrid, por la qual Rui-Gomez de Silva y Mendoza, hijo tambien de los dichos Principes de Evoli Rui-Gomez de Silva, y Doña Ana de Mẽdoza, con relacion de ciertos pleytos, y diferencias que auia auido, ſobre la cobrança de los 100ꝟ. ducados, que le tocauan por ſus legitimas, en los bienes de los dichos ſus padres, y de cierta ſentencia arbitraria en que ſe mandaron pagar, en cierta forma, con que primero el dicho Rui-Gomez cedieſſe todos los derechos, y acciones, que le pertenecian, ò podiã pertenecer en qualquier manera por ſus legitimas, cede, renuncia, y traſpaſſa en Rui-Gomez de Silva Duque de Paſtrana ſu ſobrino, y la ſeñora Princeſa Doña Ana de Portugal y Borja, ſu madre, como ſu Tutora, y curadora, y en ſus herederos vniuerſales, y particulares, las legitimas q̃ huvo de auer en los bienes de los dichos ſeñores Principes ſus padres, y otro qualquier derecho que le pertenecieſſe, ò pudieſſe pertenecer por teſtamentos, codicilos, mandas, donaciones, ò en otra qualquier ma-

nera

nera a todos los de mas bienes libres de los dichos señores,y de cada vno dellos: y aceptaciõ de la dicha señora Princesa Doña Ana de Borja y Portugal. *Adicion al memorial desde el numero 267.*

6 Otra escritura otorgada por Doña Ana de Silva, otra hija de los dichos Principes de Evoli, en doze de Março del año passado de 1594. ante Geronimo Torrõtero escriuano publico de la Villa de Pastrana; por la qual cede,y renuncia la herencia, y qualquier derecho,que pudiesse tener por sus legitimas en los bienes de los dichos sus padres,en favor de D. Rodrigo de Silva Duque de Pastrana su hermano, por quanto dize, q̃ le dio 20U. ducados,para entrar religiosa, y professar en el Convento de la Concepcion Francisca de la Villa de Pastrana,que es la cantidad,que le tocaua,y de q̃ podia disponer conforme a la fundacion del mayorazgo de Pastrana, siendo religiosa: y la clausula del testamento de la suso dicha en que la aprueba: *Adicion al memorial desde el numero 292. hasta 301.*

7 Estos papeles se han puesto,y añadido al memorial aora de nueuo,y hecho pedimiento en forma, sobre q̃ por estos derechos,y qualquiera dellos deue en qualquier acontecimiento, y quando pudiera auer condenacion en los bienes, y hazienda de la dicha Princesa Doña Ana de Mendoza su bisabuela,devia ser preferido el Duque de Pastrana, como posseedor del mayorazgo,y por si pidiendolo por via de compensacion, ò prelacion,ò por derecho de retencion de los bienes, que huuiessen quedado de la dicha señora Princesa hasta estar satisfecho, y pagado de todas las cantidades, porque tiene derecho, formando articulo sobre ello con deuido pronunciamiento,como por menor todo lo dicho se contiene en la adicion, que se ha hecho al memorial por mandado del Consejo, en los folios, q̃ van notados,para que alli se puedan ver,por que no se

 po-

ponen aqui a la letra, por no alargar este papel.

8 En el qual se tratarà de apoyar la justicia del Duque de Pastrana, assi para que no pueda auer condenacion en los bienes de la Princesa Doña Ana, por este derecho, que se pretende de los frutos de la Encomienda de Herrera, como para q̃ en caso que la pudiesse auer sea preferido el Duque por estos derechos, que ha deducido, y se declare, que puede compensar, ò retener qualesquier cantidades, ò efectos que aya de la dicha Princesa Doña Ana, por ellos: y assi para mas claridad se diuidirà en dos Articulos.

9 En el primero se tratarà de la justicia, que ay para q̃ se absueluã los bienes de la dicha Princesa de la pretension, que tiene contra ellos el Duque de Hijar.

10 Y en el segundo de la prelacion, y retencion que le compete, y tiene el Duque por estos derechos, caso que huuiera de auer condenacion.

ARTICVLO PRIMERO.

11 Las principales defensas deste articulo estan deducidas, y propuestas en diferentes papeles en derecho, y vltimamente, en el que escriuio el mismo Abogado, que escriue este, donde desde el numero 18. se ponderò la fuerça, y valor de la cession otorgada por D. Diego de Silva, en veinte y cinco de Febrero del año de 1584. en favor de la Princesa su madre, por la qual la cedio, y remitio todos los frutos, rentas, y aprouechamiẽtos de la dicha Encomiẽda, assi los q̃ estavã caidos, se le devian, como los que adelante cayessen, y se le deviessen, comprouando latamente, que esta consistio, y tuvo fuerça por las circunstancias, que concurrieron del juramento: y otras, y assi aqui en quanto a esto, solo se advierte, y añade en las principales oposiciones.

12 Lo primero que, en quanto a la menor edad, por tener

ner quando la hizo diez y nueue años, como della cõsta, se excluyò alli desde el numero 25. con la solemnidad, y vinculo del juramento, que le haze mayor, y suple este defecto. *Ex authentica Sacramẽta puberum, C. si adversus vendit. & pluribus auctoritatibus ibi congestis*, y lugares que hablan en terminos de cessiones, y liberaciones de los hijos, hechas en favor de las madres, y de sus tutores, y curadores.

13 Y en el numero 29. se ponderò con diversos autores, que es tan eficaz el juramento, en este caso, que excluye el beneficio de la restitucion, que aliàs se pudiera intentar, ò proponer por causa de lesion, como aqui tambien se ha hecho. Y en el numero 30. Que esto procede con mas razon auiendo sido la cession por causa remuneratoria de muchos beneficios, que la Princesa su madre le hizo, y de las grandes cãtidades, que auia gastado cõ el, en sus alimentos, y otras cosas.

14 A que se añade aora, que de mas desto tampoco se deviera conceder la restitucion, respeto de que el Marques de Alenquer no la pidio en el pleyto introducido en vida de la Princesa, sino en el que despues se intẽtò contra el Duque Don Rodrigo, quando ya auian passado no solo los 25. años, sino otros quatro mas, dentro de los quales pudiera intẽtar este remedio, y passados, no puede, *L. final, C. de temporibus in integrum restitut. l. 9. tit. 19. part. 6. l. 1. tit. 11. lib. 5. Recop.* Porque como consta por la fè del Baptismo referida, memorial numero 2. fol. 2. el dicho Marques nacio por Diciembre del año passado de 1564. y la demanda contra el Duque, en que se pidio la restitucion, se puso en Março del año de 1594. memorial, numero 13. circa fin. fol. 6. y asi passados 30. años, con que procede lo dicho.

15 Lo segundo, en quanto à decir, que no valio la dicha cession, por ser hecha a la dicha Princesa, que era

su

su madre, y curadora, se satisface notoriamente, con que (como tambien se apunta alli numero 35.) al tiẽpo que la hizo, que fue el año de 1584. ya no era la Princesa curadora del dicho D. Diego su hijo, porque el año antecedente de 1582. se le auia quitado ya la administracion de sus bienes, y la de sus hijos, memorial presupuesto 3. numero 11. fol. 3. B. con que tambien se sale desta oposicion.

16 Lo tercero, que no puede dudarse, que en las palabras de la dicha cessión, que quedan referidas supra numero 11. que son generales, y absolutas, se comprehendan todos los frutos, y rentas, assi los que estuuiessẽ cobrados por la Princesa, como los q̃ estuuiessẽ caidos, ò cayessen, ex doctrina Iasonis, *in l. Si tibi homo §. cum servus, col. final. ff. de legat.* 2. vbi in legato pecuniarum, quas testator dicit habere in aliqua parte, ad cambium dicit, quod comprehenduntur etiam redditus, qui currerũt, & exacti fuerunt viuo testatore, idẽ tenet Castrensis in l. *Cum stipulamur, ff. de verbor. obligat. Baldus in l. Lutius Titius, sub 6. notabili, ff. de legt. 2.* quod in legato rei cum commodis, & prouentibus veniunt percepta viuo testatore, sequitur Simon de Prætis, *de interpretat. vltim. volunt. lib. 4. interpretat. 1. dub. 4. numero 12. fol. mihi* 289.

17 Lo quarto, que aunque alli se ponderò numero 36. *el Consejo* 3. de Burgos de Paz, es tan singular, que tambiẽ aqui se puede repetir, por auerse escrito en defensa de Doña Ana de la Cerda Condesa de Melito, ascẽdiente del Duque, en otro caso como el nuestro, de otra cessión hecha en su favor por Don Baltasar de la Cerda su hijo de los frutos de la Encomienda de Vsagre, que auia administrado la Condesa su madre, donde se exornã, y comprueuan las resoluciones, y fundamentos, que assisten oy al Duque de Pastrana, por cuya parte se ha presentado tambiẽ en esta instancia la execu-

cutoria, que se obtuvo en el dicho pleyto, en favor de Doña Ana de la Cerda, que por ser sobre lo mismo, y de los señores del Consejo, puede, y deue seruir de ley, y decisiõ para este pleyto, *l.* 3. *& fin. C. de legib. cap. in causis, de re iudicata, l.* 14. *tit.* 22. *part.* 3. D. Valēzuela Velazquez, *cons.* 40. *nu.* 55. D. D. Ioannes de Solorzano, *tom.* 2. *de iure Indiarum, cap.* 17. *num.* 55.

ARTICVLO SEGVNDO.

18 La prelacion, que el Duque pretende, ò retencion en qualesquier bienes, y efectos de la Princesa Doña Ana de Mēdoza por los creditos de nuevo deducidos, de que arriba se ha hecho mencion, es llana; y se funda en las razones siguientes.

19 La primera, en quanto a los 16U. ducados sacados del deposito del precio de las casas, que erã del moyorazgo de Melito, en Toledo, y comprò el Cardenal Siliceo, y sus reditos corridos, y que corrieren hasta la Real paga, y restitucion, es clara la prelacion, y se deue confirmar la sentencia en esta parte; porque auiendo, como ay, obligacion del Duque de Francavila, y del Principe Rui-Gomez su yerno, en que expressamente por escritura publica se obligan a que dentro de ocho años voluerian al deposito los 16U. ducados, obligando a ello sus bienes libres, que tenian, y tuviessen fuera de su mayorazgo de su propria hazienda, su fecha en Toledo en 29. de Enero del año passado de 1557. desde este dia es llana la prelacion, y anterioridad en todos, y qualesquier bienes, que aya, y parecieren ser de qualquiera de los dichos Duques de Francavila, y Princesa Doña Ana de Mendoza su hija, y heredera, y Principe Rui-Gomez se yerno.

20 Con que caso que el Duque de Hijar tuviera derecho contra los bienes de la dicha Princesa, por los fru-

tos de la Encomienda de Herrera, por decir, que los percibio, y cobrò, y que para ſu reſtitució, y ſatisfació tiene obligados los bienes, que huuieren quedado de la ſuſodicha, queriendoſe valer para eſto de la obligacion, que hizo para la tutela, que ſe le diſcernio de D. Diego de Silva Marques de Alenquer ſu hijo; y que por eſta tiene tambien accion hypothecaria: quando eſto fuera cierto, que no lo es, ni la dicha obligacion hecha para la tutela ſe eſtendio, ni pudo comprehende los frutos de la Encomienda, como ſe dirà, no podia hazer competẽcia al credito de los 16ij. ducados, 1
porque la tutela del Marques de Alenquer ſe diſcernio a la Princeſa en 27. de Setiembre del año de 1573. y la obligació para los 16ij. ducados fue el dicho año de 1557. y aſsi como anterior en tiempo, ſe deue preferir *l. qui balneũ, in princip. l. potior, in princip. ff. qui potiores in pignor. habeant. l. ſi fundum, C. eodem, cap. qui prior 54. de regul. iur. in 6.* Dueñas *regul.* 198. Oldraldo *conſil.* 218. *in princip.* Maſcardus *concluſ.* 1228. Felicianus *de cenſib. tom.* 1. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 12. Mantica *de tacitis, lib.* 11. *tit.* 22. *num.* 1. Gironda *de priuileg. num.* 357. Gracianus *deſceptat. forenſ. tom.* 4. *cap.* 730. *num.* 14. Narbona *in l.* 56. *tit.* 24. *lib.* 2. *Recopil. gloſ. vnic. num.* 2. *& cum alijs* Rodriguez *de concurſu,* 2. *p. artic.* 1. *num.* 1. *& ſeqq.* Gaito *de credito cap.* 4. *quæſito* 11. *num.* 1913. Mantienço *in l.* 7. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop. gloſ.* 5. *num.* 3.

21 La ſegunda, en quãto a las legitimas de Doña Ana de Silva Duqueſa de Medina-Sidonia, porque reſpeto de eſtar ſatisfecha, y pagada de los 100ij. ducados, cedio en el Duque D. Rodrigo ſu hermano, y en los demas ſucceſſores del mayorazgo de Paſtrana todo el derecho, que podia tener, y pertenecerle a las herencias, y legitimas, aſsi de los Principes de Eyoli ſus padres, como de los Duques de Francavila ſus abuelos,

Y

22 Y aunque regularmente al hijo por su legitima no le compete hypotheca en los bienes de sus padres, vt resoluit Merlinus *de legitima lib. 5. tit. 5. q. 1. num. 3. & 4.* Giavagnonius *consil. 2. in princ. volum. 2.* & cũ eis tenet D. Pertus Noguerol, *allegat. 1. num. 79.*

23 Sin embargo, aqui la ay por la obligaciõ, que hiziẽrõ los Principes de Evoli Rui-Gomez, y Doña Ana su muger en la escritura de fundacion del mayorazgo de Pastrana, que se otorgò en 12. de Nouiembre del año de 1572. señalando, y prometiendo de sus bienes a sus hijos 100ꝩ. ducados por sus legitimas, y en satisfaciõ de lo que podian auer por ellas: con que qualquiera dellos tiene derecho claro y hypothecario desde el dia desta fundacion.

24 Y estando este cedido en el successor, que fue de la casa, y mayorazgo de Pastrana, le toca al Duque Don Rodrigo, para que por el aya de preferirse por la anterioridad de la dicha obligaciõ al pretenso credito del Duque de Hijar, porque en el cessionario, por la cessiõ passa, y se transfiere todo el derecho, q̃ tiene, y puede tener el cediente, *l. emptor, vbi Baldus in 1. notabili, C. de hæredit. vel action. vendit.* & videtur eadem persona cum cessionario, *l. si donatæ, §. 1. ff. de donation. inter vir. & vxor.* Crotus *Cons. 83. num. 10.* & consequitur omne ius, quod habet cedens, *l. si ager, in fine,* vbi Dinus, Bartol. & alij, *de rei vindicat.* Surdus *cons. 269. num. 1.* y viene a ser vna enagenacion de aquel derecho, vt notãt Rebuffus *ad leg. Gallic. tract. de cession. action. articul. 1. glos. 3. vers. nota.* Bertazol. *de clausul. clausul. 27. glos. 4. num. 3.* Fusarius *de substitution. q. 697.* & cum eis Olea *de cession. iur. & action. tit. 2. q. 4. nu. 12. & tit. 6. q. 1.* Garleual *de iudicijs tom. 2. lib. 1. disp. 26. num. 1.*

25 La tercera, y que es llana, y constante, es en quanto a los 100ꝩ. ducados de la legitima de Rui-Gomez de

Sil-

Silva, otro hijo de los dichos Principes de Evoli: porque este cedio el derecho, que tenia a sus legitimas, y a los 100U. ducados, que por ellas le tocauã en los bienes de sus padres, en el Duque Rui-Gomez de Silva padre del que oy es, y en Doña Ana de Borja y Portugal su madre, como su tutora, y curadora: y assi el Duque D. Rodrigo, como heredero de su padre, tiene este derecho claro, y està subrogado por la cessiõ, en el lugar anterioridad, y priuilegio del dicho Rui-Gomez su tio, para auer de cobrar, y hazerse pago de qualesquier bienes de los dichos Principes de Evoli, y de qualesquier dellos, primero que otro algun acreedor, y que el Duque de Hijar, *ex l. 1. C. de his, qui in priorum credit. locum succed. l. Aristo 3. ff. quæ res pignori. vbi glos. verbo pignus, & Bart.* Azo *in summa, C. de his, qui in priorũ creditorum,* Negusant. *de pignor. in 3. memb. 5. part. principal. num.* 45. Franch. *decis.* 134. Surd. *cons.* 444. *num.* 9. Rodriguez *de annuis reddit. lib.* 1. *q.* 14. *num.* 21. *in fin. & seq. & lib.* 2. *q.* 16. *num.* 47. Ponte *cons.* 6. Capic. Galeot. *lib.* 1. *contr.* 56. *num.* 31. Amato *lib.* 1. *var. resolut.* 7. *num.* 18. *& seqq.* Rouit. *cons.* 48. *vol.* 2. Cæsar Gallup. *de concurs. & prælat. creditor. cap.* 3. *num.* 58. Carleu. *de iudicijs tom.* 2. *lib.* 1. *disput.* 35. *num.* 1. *& num.* 9. *& num.* 12. vbi ponit requisita, quæ debent interuenire: que todos interuienen aqui, y se ajustan, pues satisfecho Rui-Gomez cede expressamente el derecho, que tenia, y podia tener para la cobrança de los cien mil ducados en los bienes de sus padres.

26 Y este mismo derecho tiene tambien el Duque por la cessiõ, y declaracion del testamento de Doña Ana de Silva para los 20U. ducados, que devio de auer de los bienes de los Principes de Evoli sus padres, hecha en favor del Duque D. Rodrigo su abuelo, del que oy es, por auerle dado la misma cantidad, para efeto de entrar religiosa, y professar en el convento de la Con-

cep-

cepcion Frãcisca de la Villa de Pastrana: a que conuie nen, y se ajustan las doctrinas referidas, numero antecedenti.

27 Todos estos creditos, respeto de las cessiones, y obligaciones de la fundaciõ del mayorazgo son hypothecarios, lo qual solo bastàra sin la calidad, y priuilegio de ser anteriores, porq̃ caso negado, q̃ la Princesa Doña Ana huviera percebido, y cobrado los frutos de la Encomienda de Herrera, que tocavan al Marques de Alenquer su hijo, y estuvieran deviendo sus bienes por esta raçon, lo que se pide por el Duque de Hijar, solo tuviera vna accion personal por ello, mas no hypotecaria, fundada en la *l. pro officio, C. de administr. tut.* como la pretende desde el discernimiẽto de la tutela, q̃ se le hizo, porq̃ tiene antelaciõ expressa el Duq̃ de Pastrana por sus creditos, desde la fundacion de su mayorazgo, q̃ fue el año de 1572. y la tutela fue el de 1573.

28 Y porq̃ la administracion destos bienes no se cõprehendiò, ni pudo en ella, por ser, como es la Encomiẽda beneficio Eclesiastico, y deuerse juzgar, y gouernar por sus reglas, vt tenent Nauarrus *de reddit. Ecclesiast. quæst. 1. monito 55. num. 2. & monito 56. eodem numero, Dom. Franc. Sarmiento de redditibus Ecclesiasticis part. 2. cap. 8. num. 8.* Summa operum Dianæ *verbo Religiosi num. 3.* D. Molina *de primog. lib. 2. cap. 9. n. 69. vers. hoc autem:* donde aunque permite, que los caualleros de las Ordenes de Santiago, Calatraua, ò Alcantara, puedan fundar mayorazgo, o disponer de sus bienes patrimoniales: pero en los frutos de las Encomiẽdas dize, que como bienes Eclesiasticos no podrà el Comẽdador disponer en su muerte, ni en su vida, sino es en vsos piadosos: para loqual cita tambien a Navarro, *in cap. fin. 16. q. 1. q. 3. num. 29. & seqq.* y citandolos tiene lo mismo, y que es menester dispensacion de su Santidad, para disponer de las rentas destas Encomiendas en el fuero de la conciencia, Fr. Manuel Rodrigez

in

in summ.cap. 109. *n.* 3. Azor *lib.* 12. *instit. moral.cap* 3. *vers. quarto quæritur*, vbi latè probat, & resolvit esse bona Ecclesiastica.

29 Y asi vino a administrar la Encomiēda, sin titulo legitimo, y consiguientemente aunque cobrasse sus frutos, no quedaron sus bienes hypotecados tacita, ni expressamente, para la quenta, paga, ni satisfaciō dellos; porque de qualquier manera que se considere, que los cobrò, ò con afecto de madre (como dize Ruino *cons.* 94. *lib.* 5.) ò con inteligencia de que le tocava la tutela, y administracion, no siendo asi, & sic tanquam pro tutore, vel procuratore, solo se da contra èl al menor vn privilegio personal, de quo in *l. dabimus*, § *si tutor*, *ff. de privileg. creditor.* como lo notaron la glos. *in l. eos, C. qui potiores*, & *Bartol. in d.* §. *si tutor*; y aunque huvo Autores, que sintieron lo contrario, y que al menor le cōpeta tacita hypotheca legal, en los bienes del protutor, ò procurador, como en los del verdadero tutor, es mas cierto, que este caso no es de tacita hypoteca; porque esta no se induce, sino es en los casos por la ley expressamente determinados, sin que los Doctores tēgan autoridad alguna para inducirla; vt tenet *glos. in l.* 2. *verbo a priuilegio, ff. de priuileg. creditor.* Ripa *in l.* 4. §. 1. *num.* 9. *eod. tit.* Surdus *decis.* 36. *num.* 9. & *decis.* 271. *num.* 10. & cum alijs D. Petrus Noguerol *allegat.* 1. *n.* 5. & nullibi cautum est, que la aya contra el protutor, ò procurador, porque la *l. pro officio* procede en el curador, ò tutor, y el §. *si tutor*, da priuilegio solamente, que se ha de entender personal, como se prueva manifiestamente en el mismo §. en quanto le concede al pupilo, y no a sus successores; que si fuera derecho de hypoteca se trāsfiriera en ellos: y es cierto, que la tacita hypoteca introducida por la *l. pro officio*, no procede en los bienes de aquel que se introduce en los bienes del menor por amistad, ò otra qualquier causa, no tocandole, *glos.* 1. *per text. ibi in l. si negotium, ff. de priuileg. credi-*

di-

141

ditor. Angel. *in l. item priuilegium, eod. tit.* Decian. *responſ. 79. num.* 46. *lib.* 2. Mantica *lib.* 11. *tit.* 16. *num.* 15. & cum alijs D. Petrus Noguerol *dict. allegat.* 1. *num.* 102.

30 Quando eſto faltara, y huviera hypoteca, nunca pudiera hazer opoſicion a eſtos derechos, que todos ſon anteriores, y mas priuilegiados, por depēder de la fundacion de la caſa, y mayorazgo de Paſtrana; que como eſtà dicho, fue el año de 1572. y aſsi por todos ellos, y qualeſquier dellos opone legitimamente el Duque de Paſtrana compenſaciō, porque ſiendo heredero de ſu abuela, mediante la perſona del Duque Rui Gomez ſu padre: y tratando otro, que pretende ſer acreedor, de pedir a los dichos bienes, puede compenſar lo q̄ ſe le deue por tan juſtos, y legitimos titulos, y hazerſe pago de lo que los miſmos bienes le deuen; porque ſiendo acreedor a ellos, aunque deuiera, como heredero (que ſe niega) puede compenſar, oponiendo lo que a el ſe le deue, que primero ha de ſer ſatisfecho de los dichos creditos, que conocidamēte tienen prelaciō, *l.* 1. *ff. de compenſationib. l. qui invicem, ff. de cōdiction. indebit. l.* 20. *tit.* 14. *part.* 5. Y ſi eſta ſe introduxo para eſcuſar los circuitos de los pleytos, no fuera juſto, que al Duque de Paſtrana le obligaràn a pagar aquello, que deſpues podia tener derecho para pedir, ò recobrar, como dixo la *l.* 8. *ff. de exception.* y la *l.* 3. *ff. de compenſation.* ibi: *Quia intereſt noſtra, potius non ſoluere, quàm ſolutum repetere,* como lo pondera cō todos los Autores del Reyno D. Iuan del Caſtillo *lib.* 4. *controuerſ. cap.* 40. *num.* 70. & 71.

31 Y ſiempre ſu opoſicion, como tercero intereſſado, y acreedor de mejor derecho, y antelacion a los bienes de los Principes Rui-Gomez de Silva, y Doña Ana de Mendoza ſus biſabuelos, es llana, y ſe deue admitir para que en ſu perjuicio, ni el Duque de Hijar

por

por el dicho credito, que pretende posterior, ni otro ningun acreedor pudiera, ni pueda cobrar en ellos antes, que el; *cap. veniens el 2. de testibus*, D. Couarub. *in practic. cap.* 16. *num.* 1. Gutierrez *lib.* 1. *practicar. q.* 114. *& in l. nemo potest, ff. de legat.* 1. *num.* 390. Giurba *decis.* 1. Parlador. *lib.* 2. *rer. quotidian. cap. final* 5. *part.* §. 11. *num.* 60. Avendaño *de censibus cap.* 109. Antonius Virgilius *de legitimat. person. in præludio a num.* 151.

32 Pero quando estos derechos no fueran tan llanos, y pudiera auer en ellos alguna duda, es firme, y seguro el de la retencion, que tiene opuesto, y alegado el Duque de Pastrana, porque este le compete notoriamente al acreedor, que possee bienes, por qualquier titulo que sea, ò tiene accion a ellos, quando otro que pretẽde tenerla tambien, se los quiere quitar *l. cum soluta, & ibi Baldus, C. de condit. indebiti*, bonus text. *in l. si cum filiofamilias* 9. *ff. de compensation. l. si servus* 57. *ff. de ædilitio edicto, l. cum fundus* 31. §. 1. *vers. sed adijcere, ff. de rebus credit. l.* 3. §. *final. ff. rerum amotarum*; quæ vltima iura ad id expendit, & declarat D. D. Martin de Lareategui, *lib.* 1. *selectar. cap.* 4.

33 Y quando cessaràn, y no pudieran tener lugar la cõpensacion, ni otra ninguna excepcion, se admitiera, y compete la retencion, como mas favorable, y priuilegiada, *l.* 1 *ff. de pignoribus, l.* 1 *ff. quibus mod. pignus, vel hypotheca soluitur, l. per retentionem, C. de vsufructu, l. Paulus, ff. de doli exceptione, l. patre furioso, ff. de his, qui sunt sui; & per text. in l. si necessarias* 8. §. *si pignori, ff. de pignorat. action.* tenent Aymon Craveta *cons.* 148. *num.* 2. Paulus Castrens. *cons.* 93. *colum. penult. in princ. lib.* 2. & voluit glos. *in l. grege* 13. §. *cum pignori, in fine, verbo compensatione, ff. de pignoribus*, Parisius *cons.* 100. *num.* 36. *lib.* 2. Favius de Ana *cons.* 101. *num.* 2. *& seqq. lib.* 2. Surdus *cons.* 377. *num.* 45. Gratianus *tom.* 3. *cap.* 408.

num.

num. 7. *&* 8. & conducunt tradita per Guiatium *lib.* 5. *quæstionum Pauli in d. l. si servus* 57. *ff. de ædilitio edicto*; Bertachin. *in repertor. litera R, vers. retinere volentibus*; vbi ex Decio, & alijs, probat hic multò magis iura fauere, quàm petentibus D. Valenzuela Velazquez *cons.* 94. *num.* 73. ibi: *& hoc magis clarè procedit quo ad retẽtionem, quæ magis est favorabilis, quàm petitio.*

34 Y este derecho es tan priuilegiado, porque el que quiere retener los bienes, no ha menester valerse de excepcion, sino insistir, y conservarse en los mismos bienes, en que tiene el derecho, y la hypoteca, como nota Baldo *in l. si traditio* 4. *col.* 2. *in fine, num.* 3. *vers. tertio quæro, C. de action. empti*, cum alijs per Boerium, *decis.* 43. *num.* 15. *&* 16. Milanensis *decis.* 1. *n.* 184. *p.* 2. D. D. Ioannes Baptista Valenzuela *cons.* 51. *num.* 31. *& seqq.* vbi optime cõprobat, & exornat bene ad nostrum casum Tiber. Decian. *respons.* 94. *a num.* 26. *volum.* 3. Vbi ita ait: *Quarto etiam respondeo, quod ista non erit cõpensatio, sed potius retentio, quia Fregolij retinebũt dotem, & bona materna pro solutione crediti, quod habent cõtra eam ratione male administratæ tutelæ; quia retẽtio etiam dicitur compensatio, vt not. in l. restituenda, C. de petit. hæred. & in l. etiam, ff. de compensation. quæ retentio denegari non potest, vt habetur in l. ex quibus causis, & in l. qui exceptione. §. si pars, & in l. si in area, ff. de condit. indebiti, quinimo etiam vbi non competit compensatio, competit retentio.*

35 Eandem resolutionem sequuntur Gratianus *decis.* 66. *num.* 11. citando para ello la glos. *in l.* 1. *in princ. verbo desiderabit, ff. quibus mod. pignus, vel hypotheca solvitur*; y lo comprueua mejor, *tom.* 2. *discept at. forens. cap.* 356. *a n.* 26. ibi: *etenim eramus in creditore hypothecario cui fuerunt obligata omnia bona sui debitoris, vnde dicendũ est dari retentionẽ, & ex prædicta hypotheca causari huiusmodi exceptionem, Corneus cons.* 62. *num.* 27. *col.* 8. *in fine.*

 vers.

verſ. nec refragatur lib. 3. provt generale eſt, quod etiam in caſibus, in quibus reperitur excluſa exceptio compenſationis, nunquam tamen quis prohibetur vti retentione ex hypotheca proueniente tanquam magis priuilegiata, & fauorabili. Cæſar Gallupus *in peculiar. tract. de prælatione, & concurſu creditorum p. 4. cap. 3. num. 52.* Cancer. *lib. 1. variar. cap. 7. n. 128.*

36 Y lo dicho procede, en tanto grado que le compete al Duque de Paſtrana el derecho de la retencion de qualeſquier bienes, y efectos de la Princeſa Doña Ana ſu biſabuela por eſtos creditos, que ſon anteriores al del Duque de Hijar, aunque ſolamente el, ò ſu padre, ò abuelo huvieran pagado al dicho Rui-Gomez de Silva ſu tio, ò a la Duqueſa de Medina de Sidonia, y Doña Ana de Silva las legitimas, y no tuvieran ceſsiõ ninguna dellos, Franchis *deciſ.* 134. D. Franciſcus Hieronymus de Leon *lib. 1. deciſ. 1. n. 37.* Intigriolo *deciſ. 28. n. 5. & 6.* Mercurialis Merlinus *de pignoribus, & hypothec. lib. 4. q. 43. num.* 18. Gratianus *diſceptat. forenſ. cap. 955. num. 20.* Et noviter defendit, & probat Alphonſ. de Olea *de ceſsione iur. & action. tit. 4. q. 1. n. 25. & q. 7. num. 30.* Donde hauiendo probado en el numero antecedente, ex text. *in l. in hoc iudicium 14. §. impendia, verſ. ſed is qui, ff. communi diuidundo,* y otras autoridades, que el derecho de retencion paſſa al ſingular ſucceſſor ſin ceſsiõ, dice que aunque para que el eſtraño, que con ſu dinero paga al acreedor anterior, ſuceda en el derecho de la prenda, ò hypoteca, ſea meneſter ceſsion, eſto es para efecto de pedir, pero que para el remedio de la retencion quando otro le quiere pedir, no es neceſſaria, cuius verba ſunt hæc : *Inde eſt, vt licet ad hoc vt extraneus ex cuius pecunijs anterior creditor dimittitur in ius pignoris ſuccedat neceſſaria ſiint requiſita, de quibus in l. 1. & gloſ. ibi, C. de his qui in prior. creditor. locum ſuccedunt, tamẽ id quo ad ius agendi procedit, non*

non tamen vt retentionis remedio se tuatur, vt ex Intigriolo, Franchis, & Hieronymo de Leon resoluimus supra hoc titulo, q. 1. quod mirùm non est, cum expediti iuris sit retentionem faciliùs, quàm actionem concedi, vt ex innumeris probat Giurba decis. 60. num. 5. Castillo tom. 3 controuers. cap. 15. a num. 9. & tom. 4. cap. 42. num. 113. & tom. 6. cap. 164. a num. 6.

37 Desuerte, que es tan fuerte este derecho, que aora de nuevo se propone por el Duque de Pastrana, sin auerse valido del, ni opuestole en la primera instancia que no dexa duda en la materia, pues tiene cessiones de las dichas legitimas, y en particular la de los 100U. ducados de la legitima de Rui-Gomez de Silva, pero aun quando no las tuviera, segun las doctrinas referidas, tiene derecho claro para retener qualesquier bienes, y efectos, que aya de la dicha Princesa Doña Ana de Mendoza y Zerda su bisabuela, y asi esperamos se determine en su favor. Salua in omnibus &c.

Dr. Juan Muriel